



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/>

Usted es libre de:

- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas
- hacer un uso comercial de esta obra



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

La Castración Química y sus Avances Legislativos en Colombia

The Chemical Castration and its Legislative Advances in Colombia

Daniel Ricardo Riaño García*

Resumen

La castración química es un procedimiento reversible que se caracteriza por la manipulación de hormonas, su objetivo es reducir el nivel de testosterona para inhibir el deseo sexual. En Colombia, la castración química se ha intentado promover como pena adicional a la pena

* Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Artículo reflexivo de Trabajo de Grado para optar por el título de abogado. Elaborado bajo la dirección del Dr. Jesús Enrique Archila Guio. Correo institucional: drriano48catolica.edu.co.

privativa de la libertad (mediante iniciativas legislativas), para ser aplicada a sujetos que hayan cometido delitos sexuales. Dichos avances legislativos carecen de argumentos facticos y jurídicos, ya que su implementación no va orientada a la prevención del delito.

Por lo tanto, se soslaya su forma de implementación, costos económicos, repercusiones en los sujetos que son sometidos a la medida, los principios jurídicos vulnerados y su eficacia en los fines y funciones de la pena. Por carecer de los anteriores presupuestos, no se encuentra la justificación y necesidad de la misma; por ello se fomenta con esta medida el fenómeno sociológico “denominado populismo punitivo”; este impide el desarrollo de una política criminal seria y preventiva.

Palabras clave: Derecho Penal, Criminología, Castración Química, Proyectos de ley, Populismo.

Abstract

Chemical castration is a reversible procedure used to manage hormones, its goal is to reduce the level of testosterone to inhibit sexual desire. In Colombia, chemical legislation has been implemented as a private law of freedom. These legislative and legal advances, which have not been implemented in the prevention of crime.

Therefore, in its form of implementation, economic costs, repercussions on the subjects that are presented to the measure, legal principles, vulnerabilities and their effectiveness in the purposes and functions of the penalty. For lack of the previous budgets, there is no justification and the need for it; for this reason, the sociological phenomenon called "punitive populism" is fostered with this measure; phenomenon that prevents the development of a serious and preventive criminal policy.

Key words: Criminal Law, Criminology, Chemical Castration, Bill, Populism.

Sumario: Introducción. 1. La castración química como método de control social. 2. Antecedentes legislativos de la castración química en Colombia. 2.1. Análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos propuestos. 2.1.1. Argumentos fácticos . 2.1.2. Argumentos

jurídicos. 2.2. Posición del autor con respecto a la castración química en Colombia. 3. La incapacidad de la justicia penal en los delitos sexuales. 4. El populismo punitivo. 4.1. Tipos de populismo punitivo. 4.2. Tipos de populismo punitivo encontrados en los diferentes proyectos legislativos. 5. El populismo punitivo en Colombia. 5.1. El legislador como legitimador del populismo punitivo. 5.2. Técnicas legislativas enfocadas en la creación de penas. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Introducción

En Colombia impera la teoría del castigo como política criminal y de control social; sin embargo, en los delitos que atentan contra la libertad sexual la pena privativa de la libertad no ha tenido efectividad (como en muchos otros delitos), por ello han surgido diferentes proposiciones legislativas; iniciativas que son aceptadas por nuestra sociedad y que son materializadas en los diferentes tipos de proyectos legislativos que tienen como objetivo reducir el número de agresiones sexuales en el país; proyectos tales como la pena de muerte, cadena perpetua, aumento de las penas privativas de la libertad y la castración química, son algunas de las soluciones propuestas en el órgano legislativo. Estas retumban en los oídos de los receptores de los medios de comunicación cada vez que reciben una primicia de una agresión sexual.

La castración química es “un procedimiento reversible que se caracteriza por la manipulación de hormonas, tratamiento mediante el cual se suministra en el sujeto activo de la conducta un medicamento que reduce el nivel de testosterona para impedir la libido” (Núñez, 2013, p. 18). Aparentemente la castración química es una respuesta positiva para reducir los índices de agresiones sexuales en Colombia. Sin embargo, su implementación en el país tambalea argumentativamente en relación a su justificación y necesidad.

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar los argumentos facticos y jurídicos que rodean los diferentes avances legislativos acerca de la castración química en Colombia. Para llevar acabo dicho objetivo, se analizará la castración química como medio de control social. Realizado lo anterior, se elaborará una línea del tiempo de los antecedentes legislativos de la medida promovida en el órgano legislativo con el fin de evidenciar y estudiar las principales razones jurídicas y fácticas que sustentan su aplicación en Colombia, esto para determinar si

dichos antecedentes tienen validez y justifican la necesidad de la pena en el ordenamiento jurídico.

Posteriormente, se efectuará un análisis del fenómeno sociológico denominado “populismo punitivo”, precisando su significado en el contexto colombiano, lo anterior con el fin de realizar una adecuación típica de las iniciativas legislativas que rodean la castración química, estableciendo los diferentes tipos de populismos punitivos que se encuentran en la proposición de la medida. Por último, se analizará la función del legislador en la sociedad, mencionando algunas de las técnicas legislativas enfocadas en la política criminal para concientizar la función del guardián de la ley, ya que en las iniciativas que comprenden la castración química el legislador actúa como un intermediario que propone lo que la voz del pueblo pide, para legitimarlo sin argumento jurídico y fáctico alguno, y de esta manera legitimar medidas que no corresponden a la realidad sociológica que vive el país.

1. La castración química como método de control social

Desde la evolución de las primeras sociedades sedentarias, ha existido en los seres humanos la siguiente pregunta ¿Cuál es la sanción que se debe aplicar al hombre que ha cometido una acción que va en contra del contrato social? El hombre, como menciona Beccaria (2014), cansado de estar en un continuo estado de guerra, y de tener una libertad que le era inútil debido a ese caos, decide realizar un pacto tácito con el Estado y con ello entregar una porción de su libertad a cambio de seguridad, con esto no solo se da el nacimiento de las penas, también surge la potestad de castigar en cabeza del Estado a quien haya quebrantado el pacto. Los seres humanos hemos pasado por la ley del talión, el suplicio, la horca, la guillotina, la silla eléctrica, la cárcel, entre otras formas de control social. El problema de la pena adecuada al sujeto que ha quebrantado el pacto es una pregunta tan antiquísima como la historia misma.

Antes de concebir la castración química como una medida de control para agresores sexuales, era de común utilización la castración quirúrgica en países de Europa, Medio Oriente y África, para simbolizar el poderío militar o la influencia de la religión en culturas donde los testículos eran utilizados como una ofrenda a los dioses (Arreola, 2009); con el tiempo también fue utilizada como medio de represión y “prevención” para los agresores sexuales. Sin embargo, por utilizar métodos tan ortodoxos, su uso no tuvo acogida en muchos lugares.

Debido a la deshumanización de la castración quirúrgica y las demás formas de castigo que existían antes de la consolidación del capitalismo como modelo económico, surge la reclusión social como método de castigo institucionalizado, petitionada en el seno de la sociedad, como menciona Jaramillo (2015), no solo ha sido utilizada en occidente, sino que también represento un papel importante en las relaciones de poder en los países socialistas. Sin embargo, su efectividad esta en entre dicho, por ello con el tiempo se presenta la castración química como método aceptable de represión sexual¹.

La castración química consiste “en la administración de fármacos a un sujeto para reprimir sus instintos sexuales y reducir la producción de testosterona; se trata de un tratamiento

¹ En la historia también se usó para reprimir deseos sexuales entre hombres, como ejemplo de ello en Gran Bretaña a mediados del siglo pasado se le suministra un tratamiento hormonal al matemático Alan Turing que le ocasiono varias crisis depresivas llevándolo al suicidio.

hormonal, temporal y reversible mediante el uso de hormonas sintéticas femeninas” (Núñez, 2013, p. 18). Los medicamentos más utilizados en la castración química son los anti-andrógenos.

Al parecer el vínculo entre los saberes y el poder ha tenido un eterno flirteo en la historia del hombre; por ello el poder se vale de los saberes, para justificar en el campo del derecho penal el castigo al infractor, como ejemplo de este amorío, es mencionado por Jaramillo (2007) que en 1889 Edison encarga a Harold P. Brown (uno de sus ayudantes), la construcción de la silla eléctrica; su principal objetivo era denunciar la corriente alterna. Sin embargo, después de la denominada “batalla de las corrientes” las prisiones de Auburn, Clinton y Sing Sing compran el invento que funcionaba con el tipo de corriente ideada por Tesla, con el objetivo de sustituir los ahorcamientos, considerando la electrocución un método más humano. Con respecto a nuestro tema objeto de estudio se puede determinar la manera en que son empleados los saberes por el poder y como estos últimos se valen de los primeros para justificar sus fines al sustituir un método anquilosado y cruento (la castración quirúrgica) por uno más “humano” (la castración química).²

A pesar que la castración química surge como respuesta efectiva para controlar las agresiones sexuales, es un método que tiene diferentes repercusiones fisiológicas y psicológicas; aunado a lo anterior su eficacia en los fines y funciones de la pena tambalea en la realidad sociológica que vivimos. Por ello su estudio como medida de control social es de vital importancia, ya que la orientación de su imposición no es la prevención delictual, sino el control inadecuado sobre este tipo de agresores. Su fin último no es la rehabilitación, ni la resocialización, esto se demuestra ya que al dejar de suministrar el medicamento, el agresor recupera su libido y con ello existe una gran probabilidad de reincidencia. Su principal objetivo es el control psicológico y fisiológico del sujeto.

2. Antecedentes legislativos de la castración química en Colombia

- S: Senado, C: Cámara
- P/ley 195 2017 (Origen: C), 2. P/ley 200 2016 (Origen: S), 3. P/ley 197 2016 (Origen: S), 4. P/ ley 219 2005 (Origen: S).

² La relación saber-poder se predica del desarrollo de las nuevas tecnologías (saber) y cómo estas son manipuladas por el (poder). En el caso de la silla eléctrica se entiende que su función no era implementar una nueva forma de castigo, sino que su propósito era denunciar la corriente alterna.

N°	Autor (es)	Adiciones propuestas
1.	Álvaro Hernán Prada Artunduaga	“Si la conducta recae sobre menor de 14 años, una vez decretada la extinción de la pena de prisión, el sentenciado deberá someterse a tratamiento obligatorio de castración química, por el mismo término de la condena de prisión impuesta” (Prada Hernán, 2017, pp. 14-15).
2	Rodrigo Villalba Mosquera	“En los eventos en que la conducta se pruebe reiterativa, además de la pena privativa de la libertad que corresponda, se le aplicará el procedimiento médico de castración química al agresor. El Estado tomará las medidas necesarias para su aplicación” (Villalba Rodrigo, 2016, p. 6).
3	Maritza Martínez Aristizábal, Juan Manuel Galán Pachón	“En pena de inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química por un término equivalente al doble de la pena de prisión impuesta”. Además, implementa el registro nacional de abusadores sexuales de menores” (Martínez Maritza, 2016, p. 1-2).
4	Carlos Moreno de Caro	<p>“Las penas de los artículos mencionados se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. 3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual. 4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años. 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. 6. Se produjere embarazo. <p>En los casos en que se incurra en acto sexual violento y/o acto carnal violento de manera reincidente a persona menor de edad de catorce años, a una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión, además de la pena privativa de la libertad que corresponda, se le aplicará, por solicitud del confeso, el procedimiento médico de castración química.</p> <p>Parágrafo 1°. La solicitud del procedimiento de castración química deberá ser presentada por quien se le vaya a realizar la intervención. En caso debido a enajenación mental, disminución psíquica u otro motivo, se podrá autorizar el procedimiento a petición del padre, madre o esposo(a) del confeso.</p> <p>Parágrafo 2°. Los reincidentes en los delitos sexuales descritos en el presente artículo que no se realicen el procedimiento de castración química, no tendrán derecho a fianza, indulto, perdón condicional, libertad condicional o disminución de la condena”. (Moreno Caro, 2005).</p>
Argumento en común: El compromiso de establecer penas que coadyuven al cabal desarrollo del artículo 4to del Código Penal colombiano (que consagra los fines y funciones de la pena).		

Fuente: Senado de la República y Cámara de Representantes

Para determinar los argumentos que rodean la castración química, se realizara la síntesis de los mismos:

- OB: Objeto, DR: Datos relevantes, M: Medicación, FJ: Fundamentos jurídicos, PC: Países que contemplan la medida.

	1.P/Ley 195 de 2017	2. P/Ley 200 de 2016	3. P/Ley 197 de 2016	4. P/Ley 219 de 2005
OB	Implementar la medida	Implementar la medida	Reforzar y garantizar el	Implementar la medida de

	1.P/Ley 195 de 2017	2. P/Ley 200 de 2016	3. P/Ley 197 de 2016	4. P/Ley 219 de 2005
	como pena adicional a la pena privativa de la libertad, para “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales” artículos 204, 205, 207 y 208).	para violadores y abusadores sexuales de niños. Crear un comité intergubernamental que propicie una política criminal desde la salud pública y la justicia para mitigar el riesgo de estas conductas en menores de 14 años.	pleno uso de los derechos de niños, niñas y adolescentes. A través del endurecimiento de las penas y castigos a los agresores.	forma adicional a la pena privativa de la libertad
DR	ICBF: entre 2007 y 2017 se han presentado 54.350 casos de abusos sexuales en niños, niñas y adolescentes en Colombia. Se mencionan algunos de La Alianza por la Niñez Colombiana, la ONG internacional Save the Children. Se mencionan algunos casos de gran impacto en el país.	En 2015, 19.000 menores fueron abusados sexualmente. Más del 80% eran mujeres; en 2.608 casos los pequeños no tenían ni cinco años y 5.431 estaban entre los cinco y los diez años. El autor menciona los objetivos de la pena: retribuir, disuadir, incapacitar y rehabilitar. También argumenta que al implementar la castración química en un estudio en Toronto, se evidencio que a muchos de los sujetos a los que se les aplico, afirmaron que su libido disminuyo.	Policía Nacional: entre 2006 y 2015 cerca de 675.000 niños fueron víctimas de diversos delitos, principalmente de carácter sexual e inasistencia alimentaria. INML: Entre 2006 y 2015 se practicaron 160.280 exámenes médico legales por presunto abuso sexual, lo que equivale a 16.028 víctimas al año, 44 diarios o 2 por hora. ICBF: última década, 4.604 niños víctimas de abuso sexual al año. También pide implementar el registro nacional de abusadores sexuales.	77 % de víctimas son menores de edad. INML: cada dos horas hay tres casos de violación a menores. En el 2003 hubo 14.239 dictámenes de violencia sexual, el 84,4% (a mujeres); promedio de edad (13 años). ICBF: (2003) 26.824 casos de maltrato infantil, el 4,88% (1.309) corresponden a abuso sexual. 96% de victimas (mujeres), el 98% de agresores (hombres). Fiscalía General de la Nación: 14.101 casos judicializados, 6.667 (Bogotá). Bogotá, Pereira, Medellín y Bucaramanga (ciudades con más casos).
FJ	Constitución Nacional, artículos 44, 45 y 93; Ley 1098 de 2006, artículo 20 y la Sentencia C-1064 de 2000.	Constitución Nacional, artículos, 44 y 93. Ley: 65 de 1993 ,1098 de 2006, 1753 de 2015, 1709 de 2014, 1564 de 201, 1453 de 2011; ley 1288 de 2009. Decreto 4011 de 200; 2055 de 2014; 19 de 2012; 578 de 2007; 4011 de 2006 derogado por el artículo 5°. del Decreto 578 de 2007: Sentencia C-240/09.	Constitución Nacional, artículos 44 y 93. Declaración de los Derechos del Niño (1959); Convención de los Derechos del Niño (1989); Pacto de San José de Costa Rica (1978) y Código de Infancia y Adolescencia – Ley 1098 de 2006.	No propone
PC	Sometimiento obligatorio: California, Florida, Polonia, Rusia, Estonia, Corea del Sur, Moldavia y sometimiento voluntario: Reino Unido, Australia, España, Francia y Argentina.	9 Estados de EE.UU., Polonia, Rusia, Moldavia, Estonia y Corea del Sur. Se sugiere que el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal examine la viabilidad e implementación de la aplicación de la medida.	Estados Unidos (California, Florida y Luisiana, entre otros), Australia (Nueva Gales del Sur), Alemania, Reino Unido, España, Polonia, Moldavia, Estonia, Rusia, Corea del Sur. India, Indonesia.	Alemania desde 1969 (voluntario) para mayores de 25 años. Dinamarca para conceder una “excarcelación”. En Suecia desde 1993 con autorización del agresor. Estado de California desde 1996 para reincidentes declara culpables del delito. En Texas desde 1997 para

	1.P/Ley 195 de 2017	2. P/Ley 200 de 2016	3. P/Ley 197 de 2016	4. P/Ley 219 de 2005
				mayores de 21 años.
M: 1. Depo-provera (el más común para tratar a los parafilicos, dosis: una vez por semana o por mes). El Depo-Lupron (es una forma sintética de la hormona leuprolida. Ocasiona una sobreproducción de determinadas hormonas que detienen la producción de la testosterona). Los anti andrógenos (bloquean determinados receptores del cuerpo a los que se une la testosterona, haciendo que los niveles sexuales regresen a los de un niño pre-púber). 2. Dietilestilbestrol (DES), Acetato de medroxiprogesterona (LHRH). 3. Acetato de ciproterona – (diaria), Acetato de medroxyprogesterona (mensual), Acetato de leuprolide – (mensual). 4. Anti andrógenos como la cyproterona, la leuporelina, y la glutamina. Argumento en común: Reincidencia				

Fuente: Senado de la República y Cámara de Representantes.

2.1. Análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos propuestos

2.1.1. Argumentos fácticos

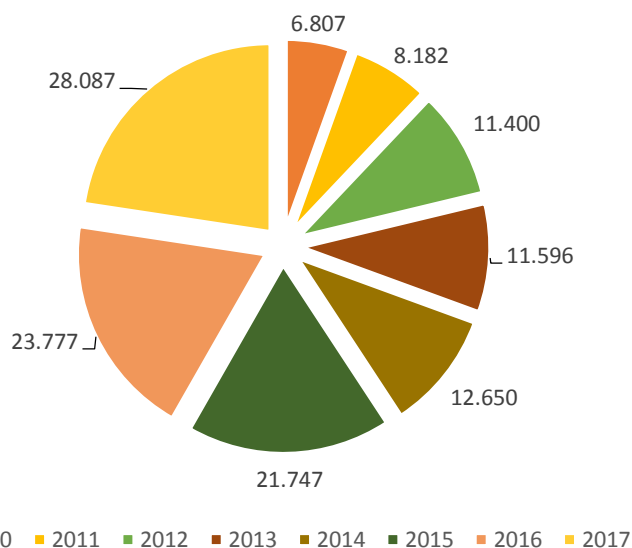
Para lograr el objetivo de este punto se deberá entender por agresión sexual lo siguiente:

Cualquier acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito. Comprende la violación que se define como la penetración mediante coerción física o de otra índole, de la vagina o el ano con el pene, otra parte del cuerpo o un objeto (OMS, 1993).

En primer lugar, todos los proyectos de ley apelan a las emociones, puesto que se mencionan en algunas de las iniciativas casos que han tenido gran impacto en el país (proponiendo la indignación), por ello los mismos carecen de objetividad fáctica. En aquellos proyectos que no se mencionan casos de impacto nacional, los medios de comunicación refuerzan la justificación de la pena mediante sus notas informativas, presionando de esta manera al legislador para que proponga este tipo de medidas. Entendido lo anterior se desarrollarán bajo los siguientes ítems: A. Cifras de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol e Instituto Nacional de Medicina Legal; B. Contraindicaciones y efectividad, y C. Países que contemplan la medida.

A. En cifras de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, durante el 2010 a 2017 se registró lo siguiente:

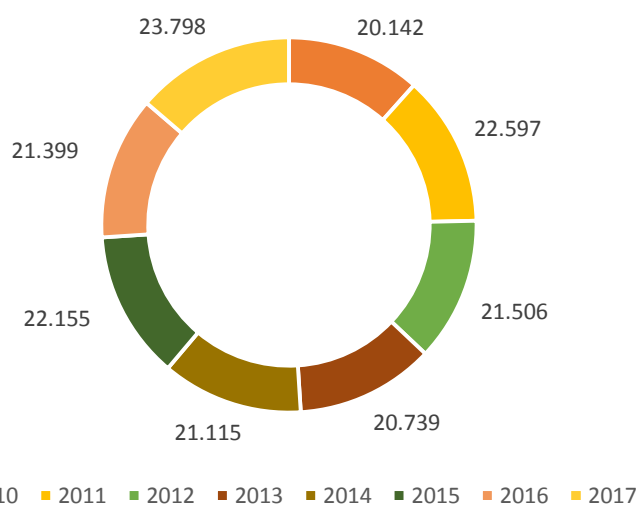
Gráfica 1. Delitos sexuales durante el periodo 2010-2017



Fuente: La dirección de Investigación Criminal e Interpol

En el mismo periodo señalado en la gráfica 1, los exámenes médicos legales por presunto delito sexual en Colombia, practicados por el INMLCF, fueron los siguientes:

Gráfica 2. Exámenes médico legales. Por presunto delito sexual



Fuente: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

En la gráfica 1, hay un importante aumento de los delitos sexuales en Colombia. Sin embargo, en la gráfica 2 se evidencian cifras similares en los periodos analizados (no hay unanimidad en las instituciones), además, mientras la Dirección de Investigación Criminal e Interpol reportó un total de 124.246 casos por delitos sexuales en el periodo 2010 a 2017, el reporte del INMLCF en el mismo periodo fue 173.451 casos. También se observa que en los exámenes practicados por estas dos entidades no se indica cuántos de estos casos fueron llevados ante la Fiscalía General de la Nación para su respectiva investigación, impidiendo así un registro real de las agresiones sexuales en Colombia.

Es pertinente aclarar que el móvil y el contexto que rodean una agresión sexual no siempre nacen del impulso hormonal generado por la testosterona, por ello al ser la castración química una medida de control que pretende inhibir el deseo sexual, no es la respuesta más efectiva para reducir la comisión de esta conducta, por ello sería una pena que ayudaría muy poco a mitigar esta problemática³.

B. Con respecto a los efectos de su implementación el Grupo CEVECE menciona que la medida deberá:

Suministrarse al agresor sexual constantemente por personal médico especializado para tal efecto, donde se valore el peso, talla y edad para estar en posibilidad de determinar la dosis correcta. La castración química no asegura que los violadores y pederastas reincidan en la comisión de delitos porque no se trata únicamente de reducir o inhibir deseo sexual, el problema conlleva a factores diferentes y a la vez intrínsecamente relacionados entre sí como son los factores psicológicos y psicóticos (CEVECE, 2015, p. 8).

Por consiguiente, la aplicación de la castración química no garantiza que el agresor no siga violentando a sus víctimas, ya que puede usar objetos tales como botellas, esferos, otras partes del cuerpo, etc. y no exclusivamente su miembro viril; aunado a ello la motivación como se ha mencionado anteriormente.

³ Otras motivaciones del agresor sexual pueden ser fines económicos, tales como la trata de personas, hurto, pornografía, etc. También puede existir una motivación de venganza, un trastorno psicológico diferente al producido por el impulso sexual. Como contextos podemos evidenciar el conflicto armado, siendo este un agravante, puesto que frente a dicha problemática surge la pregunta de ¿Cómo el Estado implementaría la medida en estos casos?, representando el conflicto armado un gran porcentaje de la comisión de estas conductas.

No en vano, el Grupo CEVECE, menciona como efectos secundarios:

Aumento del apetito, aumento de peso de quince a veinte libras, fatiga, depresión mental, la hiperglucemia, impotencia, semen anormal, disminución del volumen eyaculatorio, insomnio, pesadillas, disnea (dificultad para respirar), oleadas de calor y frío, pérdida de vello corporal, náuseas, calambres en las piernas, la función de la vesícula biliar irregular, diverticulitis, un empeoramiento de la migraña, hipogonadismo, elevación de la presión arterial, hipertensión, flebitis, secuelas diabética, la trombosis (que conduce a un ataque al corazón), y la contracción de la próstata y de los vasos seminales.

Además de los efectos mencionados se suma a ello el costo de su implementación, aspecto que soslayan los autores de las iniciativas legislativas, puesto que para su implementación se deben garantizar medidas de protección mínimas a los sujetos que se les aplica, esto con el fin de incrementar la probabilidad de su eficacia.

C. Con respecto a los países que contemplan la medida, el grupo CEVECE (2015) menciona:

Algunos datos obtenidos de fuentes informales de los países que aplican este tipo de proceso revelan que por ejemplo en España la castración química no ha obtenido los resultados esperados, así lo expresó el director general de Servicios Penitenciarios de la Generalitat, Ramón Parés, al enunciar que la castración química se ha enfrentado al rechazo de los internos, pues hasta marzo de 2012 ninguno de ellos ha aceptado seguir el programa pensado para evitar que los violadores reincidentes vuelvan a delinquir cuando abandonan la cárcel. Esta medida empezó a funcionar a principios de 2010, sin embargo; en dos años, -DE ACUERDO CON LA FUENTE CONSULTADA- ningún preso se ha inscrito a la iniciativa (Grupo CEVECE, 2015).

Por lo tanto, la medida no ha tenido los resultados esperados en España, y en otros países refiere el grupo CEVECE que:

La mayoría de otras naciones como Estados Unidos, Canadá, Australia, Francia, Reino Unido, Suecia y Dinamarca según estudios realizados en esos países demuestran que la

reincidencia entre los agresores que acceden a someterse a ese procedimiento puede reducirse del 90% al 4%, no obstante, el número de hombres que están dispuestos a someterse a ese procedimiento es bajo. Por ejemplo, en la República Checa, sólo 85 hombres entre 2000 y 2011 accedieron a recibir las inyecciones.

Con respecto a lo anterior es limitada la información en torno a la eficacia y reincidencia en dichos países, además de la brecha cultural y el contexto social que existe entre estos y Colombia, por lo tanto afirmar que la medida tendrá resultados positivos en el país es incurrir en una falta de profundización del contexto social, económico y político en que vivimos.

2.1.2. Argumentos jurídicos

Los argumentos jurídicos que rodean estas iniciativas legislativas se centran en la Constitución, el interés superior del menor, y se refuerzan con algunas leyes y tratados mencionados en el informe. Para contraponer los argumentos presentados por los autores de las iniciativas estudiadas y con ello fortalecer la posición del autor del presente texto se mencionarán los siguientes fundamentos jurídicos:

- Constitución Política de Colombia: Preámbulo, artículos 1° y 12.
- Código Penal, artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 8°, 12, 33 y 70.

En este punto se estudiarán de manera general los fundamentos jurídicos propuestos por el autor de este texto para evidenciar los errores jurídicos y dogmáticos en que incurren los gestores de las iniciativas legislativas. Aclarado esto, se desarrollarán mis argumentos bajo los siguientes ítems: A. Imputabilidad / Inimputabilidad, B. *Non bis in ídem*, C. Fines y funciones de la pena, y D. Necesidad de la pena en nuestro ordenamiento jurídico.

A. De la comisión de una conducta punible se exige como menciona Sánchez (2012) el cumplimiento de tres elementos o categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como condiciones previas a la imposición de la pena para hallar la responsabilidad del sujeto. En este trabajo no analizaremos las dos primeras categorías, ya que el error dogmático en el cual incurren los autores de los proyectos de ley es la culpabilidad.

La culpabilidad “es entendida como la capacidad de autodeterminación del sujeto que ha actuado tanto típica como antijurídicamente, dada la motivación que lo lleva a actuar” (Archila, 2012, pp. 19, 20), es decir que reúne los aspectos cognitivos y volitivos de la conducta. No en vano para que exista imputabilidad como menciona Gaviria (2005), el sujeto activo de la conducta debe poseer las condiciones psíquicas mínimas para encadenar la relación sujeto-acto, y con ello hallar los presupuestos necesarios del acto punible. Por el contrario, siguiendo a Gaviria la inimputabilidad responde a un juicio jurídico atribuible a la persona que, habiendo cometido la conducta delictiva, satisface los presupuestos contenidos en el artículo 33 de la normatividad penal. Inimputable es, al contrario del imputable, el sujeto que al ejecutar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de orientar su comportamiento de conformidad con dicha comprensión, esto ocasionado por inmadurez psicológica, trastorno mental o circunstancias socioculturales, a este último se le aplicará una medida de seguridad (la castración química responde a los presupuestos de la inimputabilidad, debido a la naturaleza de esta medida), por lo anterior se encuentra un error dogmático que fundamenta el objeto de los proyectos de ley estudiados en el presente texto.

B. Al existir un error dogmático en los argumentos de las iniciativas, automáticamente se vulnera el principio de la prohibición de doble incriminación, ya que esta prohibición responde como lo menciona la Corte Constitucional, Sentencia C/870 de 2002, a un principio que garantiza la seguridad jurídica y la justicia material, impidiendo de esta manera que los actos cometidos por las personas que sean objeto de un reproche disciplinario o penal, no puedan ser juzgados en posteriores debates⁴. De esta manera, la Corte precisa en otra sentencia que le es prohibido al juzgador:

Fraccionar el hecho para convertirlo **en varios delitos o traducirlo en varias penas**. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio *non bis in idem* actúa, así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial. (Corte Constitucional, Sentencia, T-575 de 1993).

⁴ Ello no implica, por ejemplo, que exista un proceso administrativo y uno de naturaleza penal por la misma comisión de una conducta, ya que el fin de la primera es buscar una sanción administrativa y el segundo una sanción de naturaleza distinta.

Por ello, al aplicar la castración como medida adicional y posterior al cumplimiento de la pena privativa de la libertad se vulnera el principio del *non bis in ídem*, ya que existiría la imposición de dos tipos de penas basadas en un mismo hecho, haciendo que los proyectos de ley estudiados vayan en contradicción del sistema jurídico colombiano.

C. Proponer esta medida es ir en contra de la Constitución, ya que se afectaría el principio de proporcionalidad de la pena, la Carta magna menciona que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Const. 1991, art 12). Frente a los fines y funciones de la pena, en Colombia se maneja una teoría ecléctica⁵. Al implementar la castración química no se cumpliría con los mismos. Basándonos en la obra del profesor Honrle (1963) y Castro (2008), se realizara un análisis de la pena propuesta con respecto a los fines y funciones de la pena.

En la prevención general positiva se percibiría una sensación de falsa seguridad en la sociedad, se generaría una falsa ilusión que no responde a la realidad criminológica del país.

En la prevención general negativa no se garantiza que se intimide al posible agresor de cometer dicha conducta, ejemplo de ello es la prohibición del alcohol, la prohibición del tabaco, la prohibición de las drogas, etc., dado que la aplicación de las medidas propuestas para las anteriores conductas nunca ha reducido los índices delictuales. Esto solo nos hace reflexionar con respecto a las tendencias político-criminales que implementamos, ya que los posibles delincuentes no temen a la pena, cualquiera que sea.

Con respecto a la prevención especial positiva, no se estaría cumpliendo con la resocialización del agresor, simplemente sería una medida de control que al dejar de aplicarse volvería a producir testosterona y con ello se vería de nuevo aumentado su deseo sexual.

⁵ Es decir, una mezcla de la teoría absoluta, enfocada a la retribución justa y la teoría relativa, enfocada a la prevención general y especial.

Para finalizar, con la prevención especial negativa, se cumpliría en el sentido de que si se impone la pena privativa de la libertad se estaría excluyendo del comercio jurídico al agresor sexual.

D. Para empezar, deberá entenderse como pena, lo mencionado por Alfonso (2010) citando a Zaffaroni (1994), “estableciendo que las famosas definiciones constitucionales o legales de las penas no son más que síntesis de los requisitos que estas deben cumplir para ser legales o constitucionales” (Alfonso, 2010, p. 8), se evidencia que no existe una definición explícita del significado de la pena. Sin embargo, si permite establecer que la pena debe ir en concordancia con el sistema piramidal de las normas de un determinado ordenamiento. Con respecto a la necesidad de la pena, la Corte Constitucional en Sentencia C/806 de 2002, señala que:

Acorde con los principios que orientan el Estado Social y Democrático de Derecho, el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, dispuso en el artículo 3° que la imposición de la pena y de las medidas de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y agrega que el *principio de necesidad* se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan. Por su parte, el artículo 4° ibídem dispone que la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, *prevención especial*, reinserción social y protección al condenado. Así mismo establece que la prevención especial y la reinserción social operan *en el momento de la ejecución de la pena* (Corte Constitucional, Sentencia C/806 de 2002).

Por ello, la pena debe responder a unos fines y funciones. Con respecto a la función de la necesidad de la pena, esta misma corporación menciona que:

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás

ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural (Corte Constitucional, Sentencia C/806 de 2002).

Para concluir, la Corte establece que la pena debe cumplir con una función de prevención especial positiva, es decir que debe buscar la resocialización del sujeto, en concordancia con el respeto de la dignidad humana ya que lo que busca el derecho penal en un Estado Social de Derecho es la reincorporación del sujeto que ha transgredido las normas del pacto social y no su exclusión.

2.2. Posición del autor con respecto a la castración química en Colombia

Existen penas altas para el caso de las agresiones sexuales en Colombia, sin embargo, estas no han coadyuvado a mitigar esta problemática que tanto nos afecta como sociedad, la pena privativa de la libertad y el endurecimiento de las penas no impiden que los agresores sexuales dejen de cometer este tipo de conductas, sumado a lo anterior el crecimiento poblacional genera la percepción de que las agresiones sexuales han aumentado; ya que en cifras del DANE, en 1985 éramos 30.802.221 personas, para 2018 ya somos 49.834.240, esto hace que el crecimiento poblacional no sea solo un indicador demográfico, también se incrementen la cantidad de delitos, haciendo que se perciba un aumento de los mismos en el país, aunado a esto está la sensación que difunden los medios de comunicación con sus emisiones. Si bien es cierto este tipo de agresiones ha ido en aumento, el mismo está relacionado con el crecimiento poblacional.

La prevención del delito requiere medios más pedagógicos, por ello la implementación de una determinada pena debe contener una verdadera investigación con respecto a su inserción en el mundo jurídico. Para mitigar los índices de este tipo de agresiones, se deben primero satisfacer y resolver otro tipo de necesidades y problemáticas. Además, se debe estudiar el contexto colombiano con respecto al narcotráfico, la trata de personas, el conflicto armado, las bandas criminales, etc., aspectos que también coadyuvan al incremento de estas conductas y, para el caso de aquellos que poseen este tipo de impulsos, es necesario permitirles entrar en un sistema jurídico de naturaleza resocializadora y no coercitiva. Mi opinión es que en Colombia aún

existen rezagos de la justicia privada o vengativa, ello se demuestra en la percepción del ciudadano común frente a las penas y el derecho penal.

Para finalizar, la inserción de una pena en el sistema jurídico debe corresponder a un juicio de valor como menciona Kelsen (2011), del efecto de la amenaza que va a significar la pena sobre el hombre que tiene una inclinación natural a cometer los delitos que el Estado por medio del legislador quiere evitar. El problema de la necesidad de una determinada pena, para una determinada conducta es un juicio de ponderación entre medios y fines, para este caso el medio que es la castración química, no responde a las verdaderas necesidades del problema de las agresiones sexuales, es decir, que no comprende dentro de sus fines la prevención del delito, haciendo de esta pena una medida post delictual. La percepción de los ciudadanos frente a la criminalidad no es real, y el espejismo punitivo⁶ fomentado por los agentes que intervienen en este fenómeno es la hojarasca de la legislación penal.

3. La incapacidad de la justicia penal en los delitos sexuales

La incapacidad de la legislación y de la justicia penal para disminuir los índices delictuales, es representado por el Consejo Superior de Política Criminal en el 2016:

Con la Ley 890 de 2004, para el acceso carnal abusivo con menor de catorce años la pena de prisión era de 4 a 8 años, se presentaron de 2004 a 2007 un promedio de 3.503 casos y 4.048 casos por acto sexual violento con menor de 14 años con una pena de 3 a 5 años. Con la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008 la pena mínima pasó a 12 años y su máximo a 20, para el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, con un promedio de casos entre 2008 a 2011 de 5.892 y 9.857 casos por acto sexual violento con menor de 14 años y una pena correspondiente de 9 a 13 años. Lo anterior, sin que se refleje con estas cifras una disminución de la comisión del delito, coherente con el aumento de la pena (Consejo Superior de Política Criminal, 2016).

⁶ Entiéndase por espejismo punitivo, la percepción que tiene la sociedad frente a la criminalidad y la aparente seguridad que brindan algunos mecanismos de control con respecto al incremento de la comisión de conductas delictivas.

Frente a la incapaz justicia colombiana, el profesor Velandia establece que se debe entender por impunidad “la ausencia de cualquiera de los siguientes elementos del conjunto de responsabilidad penal: investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, condena o cumplimiento efectivo de esta por parte de los responsables” (Velandia, 2015, p. 100).

Por ello surge la siguiente pregunta ¿la implementación de la castración química disminuye la impunidad con respecto a las agresiones sexuales? Sin embargo, es imposible que un país aspire a que su sistema judicial procese todos los delitos que ocurren en su territorio (Velandia, 2017), ya que, prosigue el profesor Velandia (2017) existen una serie de filtros político criminales, dados por los agentes de poder (comunicación social, las políticas, los factores de poder, etc.) influyendo en el Estado para que ejerza el *ius puniendi* y decida qué delitos perseguir (filtro externo); con respecto a un filtro interno sostiene que en este existen dos niveles, uno responde a factores de capacidad operativa del sistema y el otro estereotipos criminales⁷.

Los factores de poder, como argumenta el profesor Velandia (2017), no son los únicos que influyen en la incapacidad del sistema judicial para conocer de todos los delitos, puesto que existen factores que rodean a los denunciantes tales como: miedo, pereza, falta de confianza en la justicia. Estos factores son pre-procesales, es decir que se dan dentro del proceso, estos pueden ser: preacuerdos, muerte del procesado, falta de pruebas para que el juez considere que hay certeza más allá de toda duda con respecto a la responsabilidad del procesado.

Para llegar a la criminalización terciaria, que comprende, como menciona Borrero (2016), la ejecución penitenciaria, se debe superar una serie de obstáculos tanto procesales como extraprocesales. La materialización del proceso penal es representada en concepto rendido por el Consejo Superior de Política Criminal con respecto a la incapacidad del sistema judicial para afrontar este conflicto:

En promedio, 8.465 casos por acceso carnal violento. De estas entradas, se archivan por atipicidad o inexistencia 1.223, quedando 7.242 entradas efectivamente. De las entradas que realmente quedan, solo en el 19.2% se formula imputación, y solo en 8 de cada 10 casos se radica escrito de acusación, finalmente, el 12.8% termina en absolució n y en el 46.1% de los casos hay sentencia condenatoria 12 Fuente: FGN, SPOA con corte a octubre de 2016 Mapa

⁷ Este ocurre por ejemplo cuando la Policía decide dar prioridad sobre ciertos casos o grupos criminales.

1 Acceso Carnal Abusivo con Menor de catorce años (2015) Mapa 1 Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años (2010) 23 Se tiene en cuenta también para la revisión y estudio de este concepto los tiempos de duración de las distintas etapas del proceso penal, en relación con los delitos de acceso carnal abusivo (art. 208 C.P.) y acto sexual con menor de catorce años (art. 209 C.P.). Lo anterior con base en la información de la Fiscalía General de la Nación (SPOA, con corte octubre de 2016) relacionando el año de entrada de los delitos con la fecha en las cuales recibió alguna actuación por parte de la Fiscalía General de la Nación. Se relaciona la duración que toma cada actuación desde la fecha de entrada. El 9,53% de las entradas en el año 2010 por el delito de acceso carnal violento, recibió condena en un periodo de 4 años en promedio. Para el delito de acto sexual con menor de catorce años, recibieron condena en este mismo periodo (4 años), el 5.79% (Consejo Superior de Política Criminal, 2016, pp. 22, 23).

Anteriormente surgió la pregunta de si ¿la implementación de la castración química disminuye la impunidad con respecto a las agresiones sexuales?, dicha pregunta fue resuelta, ya que no sería la medida que afrontaría directamente esta problemática, debido a que el sistema judicial carece de operatividad para la judicialización de todos los agresores sexuales, por ello este sería un obstáculo para que la castración química fuese aplicada a cada uno de los agresores sexuales en Colombia. Entonces, su implementación persigue otro tipo de objetivos que se tratarán a continuación.

4. El populismo punitivo

El populismo punitivo se entiende como un fenómeno social en el que “un sujeto busca satisfacer sus propios intereses a través del derecho penal, ya que la sociedad confía en que el derecho penal es la herramienta principal para solucionar los conflictos que son de preocupación colectiva” (Velandia 2015, pp. 103-104). Otro autor que conceptualiza el populismo punitivo es Laura Piojan (2007) citada por Torres (2011) menciona que cuando se habla de populismo punitivo se refiere a tres situaciones en las que los gobernantes hacen uso del derecho penal guiados por las siguientes asunciones: a) que mayores penas reducen el delito; b) que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad y c) que hay unas ganancias electorales producto de esto.

Al hablar de populismo punitivo en el presente trabajo se entenderá como el fenómeno sociológico, en el cual un sujeto busca un beneficio para sí o para un tercero, y por ello fomentará las siguientes premisas: a) que el infractor teme a la pena; b) que dichas penas reducen la cantidad de delitos; c) que el derecho penal es la herramienta principal para solucionar problemas delictivos y d) que el castigo es la medida de control más eficaz, que brinda seguridad colectiva, y que por ello se debe aislar al individuo peligroso, sin importar las repercusiones que tenga el tipo de castigo sobre este.

4.1. Tipos de populismo punitivo

Los tipos de populismo punitivo que están determinados por los actores que los promueven o los intereses que se persiguen por medio de estos. De esta manera, el profesor Velandia Montes (2017) los clasifica así:

A. Populismo punitivo emocional: Nace de las emociones y en especial el deseo de venganza, sentimientos que abarcan el dolor de la víctima y de aquellos que le rodean; sin embargo, esto no obstaculiza que la víctima o quienes le rodean busquen un provecho personal.

B. Populismo punitivo emocional asociativo: Este se diferencia del anterior en relación a la pluralidad de sujetos que buscan reformas penales con respecto a aspectos que les conciernen; representando a una colectividad.

C. Populismo punitivo simbólico de gestión no electoral: Se da cuando un agente (no elegido por medio del voto) que desempeña un cargo público tiene la facultad de proponer proyectos legislativos. En este caso dichos sujetos promueven iniciativas que incentivan legislaciones infundadas y contradictorias en el ámbito punitivo; su objetivo no es otro que mostrar idoneidad en su cargo, para así tener un provecho determinado. Su gestión es simbólica, ya que con sus iniciativas legislativas no propicia la construcción de un ordenamiento jurídico útil. Este agente, también puede llegar a buscar en un futuro un cargo de elección popular.

D. Populismo punitivo simbólico de gestión electoral: Este es aquel en que un agente que es elegido de forma popular tiene también la facultad de proponer iniciativas legislativas. El sujeto que ha sido elegido de manera popular busca obtener votos para tener la aprobación de la sociedad (este es el caso de políticos elegidos por medio del voto y legisladores). Su gestión es simbólica, ya que con sus iniciativas legislativas no propicia la construcción de un ordenamiento jurídico útil.

E. Populismo punitivo económico: Impulsado por uno de los actores que más influyen en la sociedad, debido a su poder y vinculación en sus receptores, los medios de comunicación buscan mediante sus notas informativas ganar tarifas publicitarias, vender más ejemplares y conseguir mayor audiencia, por ello llenan sus noticias con casos de criminalidad y violencia; esto hace que el receptor perciba la inseguridad como uno de sus grandes temores.

F. Populismo punitivo por mano propia⁸: Esta clase de populismo es auspiciado por los medios de comunicación⁹, la inutilidad de la legislación penal y la inoperancia del sistema judicial, por ello la sociedad toma justicia por su cuenta, generando en su entorno un tipo de justicia privada de carácter anquilosado y vengativo que ya deberíamos haber superado. Esta clase de populismo puede dividirse en dos. Por un lado, encontramos la punitividad física, en la que los ciudadanos determinan el castigo al infractor de manera física, este es el tipo de punitividad que está al margen del sistema judicial. Por otro lado existe el populismo punitivo simbólico, radica en que una determinada cantidad de ciudadanos mediante el uso de los medios de comunicación (redes sociales), establecen juicios de valor de carácter punitivo (videos, fotos, opiniones de hechos que publican otros usuarios, difusión de información falsa, amarillismo, etc.) haciendo de este tipo de medios el lugar en donde se imparte una justicia simbólica, desembocando en una serie de opiniones que carecen de objetividad jurídica¹⁰.

4.2. Tipos de populismo punitivo encontrados en los diferentes proyectos legislativos

Tipo de populismo	SI	NO	Razón
A	X		Los argumentos apelan a las emociones de los familiares que han sido víctimas de esta problemática, razón por la cual se evidencian argumentos fácticos, en donde algunos muestran los altos índices de agresiones sexuales o se mencionan algunos casos ocurridos, esto con el fin de sensibilizar y reforzar aparentemente sus propuestas.
B		X	No se mencionan este tipo de asociaciones, no obstante, algunas asociaciones sí promueven este tipo de iniciativas, ejemplo de ello pueden ser los grupos en redes sociales.
C		X	Ya que las iniciativas legislativas no se encuentran clasificadas en este tipo de populismos.
D	X		Debido a que dichas iniciativas nacen en el Congreso, por ello quienes están facultados para proponerlas son los legisladores.
E		X	Sin embargo, los medios de comunicación son grandes impulsores de la percepción de la sociedad frente a este tipo de problemáticas.
F		X	Ya que el tema es legislativo. Sin embargo sí existe un juicio de valoración de la sociedad con respecto a los agresores sexuales.

⁸ Esta clase de populismo punitivo es mencionado por el autor del trabajo de grado y no está presente en la obra del profesor Velandia.

⁹ También incluye los medios en los cuales los mismos ciudadanos difunden información (Facebook, Twitter, WhatsApp, YouTube, etc.).

5. El populismo punitivo en Colombia.

El fenómeno sociológico del exceso de punitividad o de punitividad infundada es una rémora que ha acompañado nuestra sociedad desde tiempos inmemorables. La historia ha presenciado como el hombre en un intento por definirse y definir su naturaleza ha cometido las más grandes barbaries por intentar establecer un tipo de castigo adecuado para satisfacer sus objetivos y con ello entender la mente del criminal.

Este es uno de los grandes problemas que enfrenta el derecho penal, la criminología, el juez y el legislador en el siglo XXI; Velandia (2017) menciona que este fenómeno sociológico es una epidemia se ha propagado no solo en Colombia, sino en todo occidente; encuentra su auge en Europa y América a mediados del siglo pasado. Sin embargo, este es un fenómeno tan antiquísimo como la sociedad misma y existe mucho antes que Poncio Pilatos se lavara sus manos preguntando al pueblo romano a quien debía liberar, si a Cristo o Barrabás; aquel suceso bíblico evidencia que el pueblo no sabe escoger y que su voz no siempre es la voz de Dios.

Abordar esta problemática en Colombia, es complejo, debido al contexto en que vivimos, ya que como lo menciona Torres (2011), hablar de Colombia incluye ciertas variables incluso en comparación con países latinoamericanos, a pesar de que muchos de ellos comparten la ineficacia del sistema judicial, una marcada cultura de la infracción, un crecimiento poblacional alarmante, etc. Sin embargo, en Colombia coexisten factores tan endémicos como los altos indicadores de violencia generalizada, aunado a ello una guerra, que aunque ha tenido mutaciones, ha sido sufrida en el país casi por medio siglo, y en la que se mantiene la vía armada como método¹¹; el narcotráfico, la delincuencia, entre otros aspectos que hacen del país un estudio complejo.

5.1. El legislador como legitimador del populismo punitivo

¹¹ Aunque se haya efectuado el proceso de paz, Colombia aún tiene las bacrim, las disidencias de las FARC, el ELN, el EPL, etc.

La norma siempre ha sido el objeto con el que se persuade, manipula y se controla la sociedad, es el arma más poderosa de aquellos que ostentan el poder; es por ello que la relación entre poder vs sociedad y la norma, comprenden un conjunto de enlazamientos complejos que conforman nuestro sistema jurídico-sociológico. En esta relación compleja la norma es el punto de máxima tensión, en donde poder y sociedad viven en un constante forcejeo por obtener provecho del punto de tensión (la norma). Sin embargo, cuando del otro extremo se le ha dado la razón a la sociedad de manera infundada, esta cree que ha halado con más fuerza; pero no es así, los discursos y proposiciones legislativas de aquellos que poseen el poder contienen eufemismos y sofismas que mantienen a la sociedad en una caverna platónica legislativa. A pesar que el legislador no es el único legitimador del populismo punitivo¹² en la relación del poder y la sociedad, se estudiará aquí su función, puesto que es quien tiene la tarea de proponer los proyectos de ley en el órgano legislativo¹³.

El legislador tiene una de las tareas más complejas de la sociedad en el campo del derecho penal (y en las demás áreas), ya que debe delimitar el sendero coercitivo de la norma y el castigo, imponiendo sus límites, para así generar una política criminal seria, que tenga efectos reales dentro de los fines y funciones de la pena. Por ello Foucault menciona que, para llevar a cabo la construcción del sistema normativo alrededor de la pena, el legislador debe:

Desprenderse en primer lugar de la ilusión de que la penalidad es ante todo (ya que no exclusivamente) una manera de reprimir los delitos, y que, en este papel, de acuerdo con las formas sociales, con los sistemas políticos o las creencias, puede ser severa o indulgente, dirigida a la expiación o encaminada a obtener una reparación, aplicada a la persecución de los individuos o a la asignación de responsabilidades colectivas. Analizar más bien los "sistemas punitivos concretos", estudiarlos como fenómenos sociales de los que no pueden dar razón la sola armazón jurídica de la sociedad ni sus opciones éticas fundamentales; situarlos en su campo de funcionamiento donde la sanción de los delitos no es el elemento único; demostrar que las medidas punitivas no son simplemente mecanismos "negativos" que

¹² Puesto que gobernantes, medios de comunicación, ciudadanos, entre otros, son difundidores del populismo punitivo.

¹³ Es de aclarar que existen otros actores dentro del sistema que pueden proponer proyectos de ley.

permiten reprimir, impedir, excluir, suprimir, sino que están ligadas a toda una serie de efectos positivos y útiles (Foucault, 1976, p. 25).

Debido a esto, los proyectos legislativos deben responder a la realidad en que vivimos, entender que las penas no corresponden a un concepto negativo, sino que su función es permitir al delincuente una redención con la sociedad y consigo mismo, sumado a ello deben tener un mínimo de razonabilidad política, para lograr un ordenamiento jurídico estable y eficaz, acompañado de una política preventiva alterna al derecho penal (que es por excelencia *ultima ratio*). En Colombia el órgano legislativo carece de dicha razonabilidad, el gran interés del legislador por el campo penal se demuestra en los siguientes datos:

Proyectos de ley / Senado / legislaturas 2017-2018, 2016-2017, 2015-2016		
Total proyectos de ley presentados en la legislatura.	734	
Total proyectos de ley presentados en la comisión primera.	196	26.8 % de los 734 proyectos de ley
Proyectos de ley presentados en materia penal.	50	25.6 % de los 196 proyectos de ley

Fuente: Senado de la República

Proyectos de ley / Cámara / legislaturas 2017-2018, 2016-2017, 2015-2016		
Total proyectos de ley presentados en la legislatura.	926	
Total proyectos de ley presentados en la comisión primera.	254	27.5 % de los 926 proyectos de ley
Proyectos de ley presentados en materia penal.	34	13.4 % de los 254 proyectos de ley

Fuente: Cámara de Representantes

A pesar que los índices legislativos tienen un promedio similar, se presenta un interés constante del legislador por el derecho penal¹⁴. Otros datos de suma importancia, mencionados por Torres (2011) en los años 2006 a 2009, entre proyectos de ley y proyectos de acto legislativo (en Senado y Cámara) se presentaron 105 iniciativas en materia penal, de las cuales 25 se convirtieron en leyes.

¹⁴ Aquí hablamos de populismo punitivo. Sin embargo, existen otras áreas del derecho en donde la norma carece de eficacia. Por ello no solo en el campo penal se legisla de manera infundada. Como ejemplo podemos encontrar: La proposición de poner en el sistema integrado de transporte vagones exclusivos para mujeres, el Ministerio de la mujer, algunos puntos de la consulta anticorrupción, etc. Son ejemplo de propuestas populistas.

Lo anterior demuestra que en Colombia existe el fenómeno denominado ilusión penal, que consiste en que los ciudadanos tienen la creencia de que los niveles de seguridad de la sociedad están garantizados por:

El funcionamiento de sus sistemas penales institucionales, lo que da lugar a su vez a la deducción de que si algún tipo de conflicto social se agudiza o generaliza, la paralela respuesta debe ser el incremento de la represión de las conductas que se tienen por causa unilateral de tales situaciones (Scheerer, Steinert, De Folter, pp. 7, 8).

Por lo anterior, el compromiso del legislador es salvaguardar la ley. Entonces debe actuar con la mayor razonabilidad que su cargo exige. La constante expansión de la legislación penal es un problema que nos atañe a todos; porque de que nos sirve tener códigos exageradamente amplios, si no cumplen una función determinada en nuestra sociedad. La ley debe ser la materialización por parte del Estado para garantizar la eficacia y el bienestar social de sus habitantes, no un simple enunciado que carece de significado. Debe haber concientización legislativa, para evitar que exista un apareamiento desmesurado entre el legislador y su labor, ya que esto desencadena el fenómeno legislativo de la reproducción normativa irresponsable.

Por consiguiente, como es mencionado en el prólogo del abolicionismo penal, por parte de Ciafandini y Bondanza (1989), la ilusión penal y la constante búsqueda de la solución represiva de los conflictos sociales, es uno de los efectos más dañinos del derecho penal, debido a la concepción del uso del derecho penal como *prima ratio*.

5.2. Técnicas legislativas enfocadas en la creación de penas

La tarea de producir leyes enfocadas en una política criminal seria y preventiva está determinada por una serie de técnicas legislativas, basándonos en Máximo Gamiz (2002), enfocando su obra en el campo de la pena, a continuación, resumire algunos de los supuestos que deben seguir los legisladores para la elaboración de iniciativas legislativas en la creación de penas. Estas son:

- Planteamiento del problema: Esta fase también podría denominarse como estudios previos, ya que aquí se evidenciará el problema a resolver mediante la iniciativa legislativa,

identificando las verdaderas causas del conflicto, el objetivo de esto es ayudar al legislador a ubicar la verdadera solución del problema.

- La *ultima ratio*: En este punto se deberá analizar que otro tipo de medidas son las más eficaces para lograr resolver los problemas que se han identificado previamente. Esto tiene como objetivo determinar si es por medio del derecho penal que se resolverá la problemática o será otro tipo de medida, para así respetar la *ultima ratio*.

- Determinar la existencia de otra medida: Aquí se estudiará si no existe ya una medida adecuada vigente dentro del ordenamiento jurídico penal, de ser así, al proponer una nueva iniciativa legislativa se incurriría en un desgaste innecesario.

- Consecuencias: De ser la iniciativa legislativa adecuada, debemos determinar las posibles consecuencias que tendría la misma en su inserción al sistema jurídico.

- Costo-beneficio: Aquí el legislador determinará que costos conllevarán la implementación de la iniciativa legislativa y si esta dará los beneficios que esperamos (entiéndase costos económicos, políticos y sociales).

- Ubicación en el sistema jurídico: Aquí se deberá estudiar si su implementación encaja en el sistema jurídico existente, es decir integrar todos los cuerpos normativos y hacer el estudio piramidal de la estructura normativa imperante en el país. También es de vital importancia estudiar los fines y funciones de la pena, ya que determinara su eficacia en la realidad colombiana.

- Por último y no menos importante, la materialización de las penas en el sistema jurídico deberán ir acompañadas de una campaña pedagógica frente a las penas, los delitos y demás aspectos que rodean el derecho penal, para que la sociedad empiece a cambiar su percepción con respecto a la criminalidad, y con ello puedan exigir de los diferentes agentes que intervienen en la fabricación y aprobación de la norma un trabajo efectivo y real.

Conclusiones

1. En Colombia ha imperado la teoría del castigo como método de control social; el castigo institucionalizado (la cárcel) es la sanción por excelencia en nuestro país, sin embargo, debido a su ineficacia, la castración química surge como respuesta loable para esta problemática que nos toca fuertemente como sociedad. Por ello la castración química es un medio de control que es usado para que los agresores sexuales repriman su libido mediante el suministro de fármacos. No solo se ha utilizado para reprimir agresiones de tipo sexual, sino que también se usó para disminuir el deseo sexual de hombres que tenían una orientación sexual diferente a la preestablecida por la sociedad.

2. Históricamente se infiere que los saberes (tecnológicos) han validado las diferentes formas de control social y de exclusión de aquellos que han transgredido las normas que nos ha otorgado el contrato social, validando así el *ius puniendi* en cabeza del Estado. Por ello en su momento el poder legítimo el nuevo saber de la corriente alterna para hacer de esta la medida ‘más adecuada, menos dolorosa y más humana’ para castigar a los infractores. Y ahora con la castración química se vuelve a legitimar por medio del poder este saber, para reprimir la libido de los agresores sexuales, a pesar que esta medida no responde a los fines y funciones de la pena.

3. Debido a la ineficacia del sistema carcelario (en todos los delitos), frente a las agresiones sexuales, en Colombia se ha intentado materializar por medio de diferentes proyectos legislativos la castración química como medida adicional a la pena privativa de la libertad. Sin embargo, sus argumentos carecen de solidez jurídica y fáctica, por ello el intento de imposición de dicha medida por medio de diferentes proyectos de ley no responde a las necesidades que se derivan de dicha problemática, sino que responde a intereses personales, que legitiman el populismo punitivo en Colombia, e infundan una percepción falsa en la sociedad.

4. Aunado a lo anterior, dogmáticamente su imposición de manera adicional a la pena privativa de la libertad, estaría otorgando al agresor sexual una doble calidad en la conducta objeto de estudio, debido a que al imponer las dos medidas de control (la pena privativa de la libertad y la castración química) se permite inferir que el sujeto activo de la conducta posee la

calidad de imputable y de inimputable, generando esto una contradicción en el estudio dogmático de la culpabilidad. Lo anterior vulnera directamente el principio del *non bis in ídem*, al imponer dos medidas de control de naturaleza distinta por un mismo hecho. Tampoco comprende dentro de su implementación los fines y funciones de la pena, y mucho menos es una medida resocializadora y preventiva.

5. El populismo punitivo, alude a un fenómeno social en el que un sujeto pretende por medio de la divulgación de cierto tipo de iniciativas satisfacer intereses propios, al margen de soluciones más eficaces frente a un determinado problema. Los tipos de populismo punitivo, son estudiados de acuerdo a los diferentes actores que intervienen en la elaboración de la percepción social del espejismo punitivo, y también responden a los objetivos que buscan los sujetos que promueven este tipo de iniciativas. Por ello, en Colombia y en las demás latitudes se debe comprender que la pena no es el objeto de represión de algunas conductas, sino que es un mecanismo de naturaleza resocializadora. Por ende, la castración química no es una medida loable, sino que responde a otro tipo de objetivos, que no tienen como fin mitigar ni reducir las agresiones sexuales en Colombia, sino que por el contrario pretende responder a objetivos personales de quienes proponen la medida.

6. El derecho penal debe actuar como *ultima ratio*, es decir que se debe acudir a otros tipos de alternativas para resolver los conflictos de carácter social, para así permitir la vinculación del derecho penal en una problemática social. Sin embargo, a pesar de la desconfianza de la sociedad en el derecho penal, en la realidad jurídica y sociológica, el sistema penal actúa como una herramienta de *prima ratio*, ya que se piensa que la criminalidad es resuelta por medio de este, permitiendo así la existencia del populismo punitivo y del espejismo punitivo.

7. En Colombia, existe un interés por legislar en el campo del derecho penal, ello se demuestra en la cantidad importante de iniciativas legislativas que no pretenden solucionar los problemas de la sociedad, sino que responden a intereses particulares y a la falsa percepción de los ciudadanos frente al derecho penal, como es el caso de la castración química. Por ello se le debe exigir al legislador actuar con la responsabilidad que le es otorgada popularmente.

8. El legislador como guardián de la norma debe utilizar las técnicas legislativas correspondientes, para la elaboración de una política criminal seria y preventiva, al no hacerlo impide que en Colombia se establezcan mecanismos y herramientas que coadyuven a la materialización y la prevención de la comisión de conductas punibles. En el caso estudiado, la prevención de las agresiones sexuales. Por lo tanto, en la fábrica legislativa se debe tener claro que el derecho penal es *última ratio*.

Referencias Bibliográficas

- Alfonso, A. (2010) *Elementos de la pena en la jurisprudencia penal colombiana* (Trabajo de Grado Universidad Militar Nueva Granada) Recuperado de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/02/Manual-de-citaci%C3%B3n-APA-v7.pdf>.
- Archila Guio, J. (2012). *La prueba en el delito de lavado de activos*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Arreola Villarreal, E. (2009). *La castración química*. México: Editorial Astrea.
- Beccaria, C. (2014). *De los delitos y de las penas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Borrero Figueroa, Y. (2016). *Críticas y posibles soluciones a la pena privativa de la libertad en Colombia* (Trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia) recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14196/1/Cr%C3%ADticas-y-soluciones-pena-privativa-libertad-en-Colombia.pdf>.
- Castro, A. (2008) *El por qué y el para qué de las penas*. Madrid, España: Editorial Dickinson, S. L.

Cevece, (2015). Castración Química. Recuperado de http://salud.edomex.gob.mx/cevece/documentos/documentostec/documentos/Cas_quimica.pdf

Código Penal [Código]. Ley 599 del 200. (2016) 30ª. Leyer.

Congreso de la República de Colombia. (2017) 28 de noviembre. Proyecto de ley 195 de 2017 Cámara, por la (sic) cual se modifica la ley 599 de 2000, implementado el procedimiento de castración química obligatoria, complementando la pena privativa de la libertad en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en menor de 14 años y se dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso 1140

Congreso de la República de Colombia. (2016) 13 de diciembre. Proyecto de ley 200 de 2016 Senado, por medio de la cual (sic) se modifica el artículo 208 del Código Penal Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años. Gaceta del Congreso 1124.

Congreso de la República de Colombia. (2016) 5 de diciembre. Proyecto de ley 197 de 2016 Senado, por medio de la cual (sic) cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones. Castración química para violadores y abusadores de menores. Gaceta del Congreso 1103.

Congreso de la República de Colombia. (2005) 9 de marzo. Proyecto de ley 219 de 2005 Senado, por la cual (sic) se modifica el artículo 211 del Código Penal Colombiano. Gaceta del Congreso 80.

Constitución Política de Colombia. Modelo de cita: [Const.] (1991) 2a ed. Legis.

Corte Constitucional (15 de octubre de 2002) Sentencia C-870/2002. [M.P. Carlos Mario Isaza Serrano].

Corte constitucional (10 de diciembre de 1993) Sentencia T-575 de 1993. [M.P. Carlos Leal Contreras].

DANE (2018). Estimaciones De Población 1985-2005 (4) y Proyecciones De Población 2005-2020 Nacional Y Departamental Desagregado Por Área, Sexo Y Grupos Quinquenales De Edad. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/proyecciones-de-poblacion>

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar* (11a ed). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Gamiz, M. (2000). *Legislar quién y cómo hacerlo* (1a ed.). México: Editorial Limusa, S.A.

Gaviria, J. (2005) *Revista Colombiana de Psiquiatría*. La Inimputabilidad: Concepto Y Alcance En El Código Penal Colombiano, Vol. XXXIV, 26-48. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rcp/v34s1/v34s1a05.pdf>

Gómez Jaramillo, A. et al. (2015). *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Bogotá. (1a ed). Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Gómez Jaramillo, A. (2008). *Un mundo sin cárceles es posible*. (1a ed). México: Ediciones Coyoacan.

Hörnle, T. (1963). *Teorías de la pena*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

Hulsman, S., Christie, F., Mathiesen, S. (1989). *Abolicionismo penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/02/doctrina40647.pdf>

INMLCF (2017). *Forensis, datos para la vida*. Recuperado de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/02/Manual-de-citaci%C3%B3n-APA-v7.pdf>

Kelsen, H. (2011). *¿Qué es justicia?* México: Editorial fontamara.

Ministerio de Justicia. (2017) *Estudio del Consejo Superior de Política Criminal relacionados con cuatro (4) propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia*. Recuperado de <http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=ZFBh5M8wDIY%3D&portalid=0>

Núñez, A. (2012/2013). *¿Son la castración química y el registro de ofensores sexuales la solución? Acerca del tratamiento de los agresores sexuales y su eficacia*. (Tesis de Maestría) Recuperado de <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2573/1/Alonso%20Nu%C3%B1ez%2C%20Nazaret%20.pdf>

Policía Nacional de Colombia. (2017). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2017*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2016). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2016*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2015). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2015*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2014). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2014*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2013). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2013*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2012). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2012*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2011). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2011*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Policía Nacional de Colombia. (2010). *Estadística delictiva, delitos sexuales 2010*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/grupo-informaci%C3%B3n-criminalidad/estadistica-delictiva>

Sánchez, S. (2012). La conducta punible en el derecho penal colombiano análisis del artículo 9 C.P. (Trabajo de Maestría, Escuela de Derecho área de derecho penal, Medellín) recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/2970/SebastianFelipe_SanchezZapata_2014.pdf?sequence=1

Torres, N. (2010). *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*. Recuperado de [file:///C:/Users/Das/Downloads/1347-1-4406-1-10-20120808%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Das/Downloads/1347-1-4406-1-10-20120808%20(2).pdf)

Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. (1a ed). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.